



MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**“EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN”**

Autor: Álvaro Parra Moraleda

Tutor: Jesús del Olmo Alonso

FEBRERO 2017

RESUMEN/ABSTRACT

RESUMEN

Estudio de la importancia del recurso especial en materia de contratación en el sector de la contratación pública. Para ello, se plasma la principal jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando de qué manera se ha traspuesto dicha doctrina en la legislación de nuestro país. Se realiza un análisis de las principales novedades introducidas en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público; y por último, se realiza un análisis del órgano encargado de resolver dicho recurso, citando sus resoluciones más trascendentes y actuales.

ABSTRACT

Study of the importance of the special appeal on procurement in the Government procurement sector. To do this, I try to capture the main case-law of the Court of Justice of the European Union, analyzing how it has transposed this doctrine in the legislation of our country. Analysis of the main novelties introduced in the draft law of contracts of Public Sector; and finally, I analyze the responsible for resolving such an appeal, citing its most transcendent and current resolutions.

PALABRAS CLAVE

Recurso Especial en Materia de Contratación/ Directivas Comunitarias/ Transparencia

KEY WORDS

Special appeal on public procurement/ Community Directives/ Transparency

ÍNDICE

| | | |
|-------|--|----|
| 1. | INTRODUCCIÓN | 1 |
| 2. | IMPORTANCIA DEL RECURSO EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA | 2 |
| 2.1 | Justificación del Recurso Especial en materia de Contratación. | 2 |
| 2.2 | Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la importancia del recurso. | 3 |
| 3. | EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NUESTRO PAÍS | 6 |
| 3.1 | Creación de un recurso administrativo especial: El recurso administrativo especial en materia de contratación..... | 6 |
| 3.1.1 | Introducción | 6 |
| 3.1.2 | Actos y contratos impugnables | 8 |
| 3.1.3 | Legitimación Activa | 10 |
| 3.1.4 | Procedimiento | 12 |
| 3.1.5 | Breve referencia a la cuestión de nulidad | 17 |
| 3.2 | Las nuevas Directivas sobre contratación pública | 20 |
| 3.3 | Las novedades reflejadas en el Proyecto de Ley | 24 |
| 4. | LA IMPORTANCIA DE UN ORGANO DE CONTROL INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADO | 26 |
| 4.1 | El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales | 26 |
| 4.2 | Doctrina seguida por el Tribunal Central de Recursos Contractuales..... | 28 |
| 5. | CONCLUSIONES | 36 |
| 6. | BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN | 39 |

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como fin el estudio del recurso especial en materia de contratación. Como sabemos dicho recurso fue introducido en la normativa estatal como consecuencia de las Directivas que se dictaron desde la Unión Europea, con la finalidad de proporcionar a cada procedimiento de licitación, un cauce eficaz y eficiente para subsanar las posibles deficiencias que se den en el mismo.

Lo primero que podemos observar en el trabajo es un estudio del origen del recurso, esto es, de lo importante que considera la Unión Europea que es respetar los principios estructurales de sus Tratados. Tanto es así, que consideran el sector de la contratación pública de vital importancia para su desarrollo económico y social.

Por ello, las principales instituciones de la Unión Europea, junto con la ayuda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hacen ver a cada uno de los Estados miembros, la importancia de dotar a los procedimientos de licitación un instrumento que los haga más transparentes, favoreciéndose de esta manera la posibilidad de establecer una libre competencia.

Por tanto, tras ver cada una de las Directivas de las que nace el recurso, hago un estudio de la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dicha materia.

Acto y seguido, después de ver el origen del recurso, intento explicar cómo se intenta controlar en nuestro país el cumplimiento de las garantías de todo el procedimiento de contratación. Por ello, analizo la opción por la que optó España de crear un recurso administrativo especial, distinto de los ordinarios que se pueden interponer frente a cualquier actuación administrativa; y también de la creación de un órgano jurisdiccional independiente, que se dedicara únicamente a la resolución de estos recursos. Unido a ello, también trato de explicar los actos y contratos que admiten la interposición del mismo, y termino realizando un breve comentario sobre la cuestión de nulidad.

Tras toda esta explicación teórica de la importancia del recurso especial en materia de contratación, trato de hablar de la doctrina que están siguiendo por un lado, el Tribunal Central de Recursos Contractuales, y por otro lado, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

2. IMPORTANCIA DEL RECURSO EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1 Justificación del Recurso Especial en materia de Contratación.

El Consejo de las Comunidades Europeas estableció con la Directiva 89/665 CEE, de 21 de diciembre de 1989, que en base a la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria, se necesitaba un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resultaba importante, para que tuviera efectos concretos, que existieran medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario¹. Para ello, los Estados miembros debían adoptar cualquier tipo de medida necesaria para garantizar que las decisiones tomadas por las entidades adjudicatarias que vulnerasen la normativa comunitaria en este sector pudieran recurrirse de manera ágil y eficaz, a través de un procedimiento accesible que permitiera adoptar las medidas provisionales pertinentes, con el fin de perjudicar lo menos posible los intereses de los perjudicados².

Ambas Directivas fueron modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, con el objetivo de mejorar el sistema de recursos en lo que se refería a las adjudicaciones de contratos, fijando el marco normativo que se aplicaría a los contratos comprendidos en las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, de 31 de marzo.

¹ Tanto es así, que el Considerando 5 de dicha Directiva, establece que: *“dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas”.*

² La Directiva 92/13, de 25 de febrero de 1992, introdujo de forma similar pero en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades operadoras en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Las citadas Directivas, por tanto, obligaban a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación, y a la postre, animar a todas las empresas a participar en estos procedimientos de contratación.

Por tanto, la finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción.

2.2 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la importancia del recurso.

En la misma línea se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que de forma expresa, recuerda que *“la Directiva 89/665, de Recursos, debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47”*³. Es decir, el derecho que cita esta sentencia, debe ser observado en todo procedimiento, al margen del importe del contrato.

Otra de las premisas que se desprenden de las Directivas de recursos, es que el recurso debe ser rápido y eficaz. Un recurso que evite la formalización del contrato hasta que se produzca una resolución expresa, así lo establece el TJUE, en una de sus

³ STJUE de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C- 61/14.

sentencias con mas transcendencia práctica *“los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”*⁴. Además, el TJUE exige que el sistema de recursos sea rápido y eficaz, no sirviendo los recursos ordinarios administrativos que existan en la legislación de cada Estado miembro.

Como consecuencia de dicha modificación y tras varias sentencias condenatorias contra España⁵, se aprobó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, introduciendo una nueva regulación del recurso especial en materia de contratación⁶. En la actualidad, los preceptos de la Ley 30/2007 se encuentran recogidos en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto en sus artículos 40 y siguientes.

La doctrina del TJUE, insiste una y otra vez en la necesidad del carácter suspensivo del recurso entre la adjudicación y la perfección del contrato. A modo de ejemplo, cabe citar la STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión/Austria y la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica. Otra sentencia reciente que me gustaría destacar en este apartado es la STJUE de 12 de marzo de 2015, caso Evigilio Ltd, que establece el sentido en el que deben interpretarse las Directivas de recursos, por tanto, éstas *“deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de*

⁴ STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel.

⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (C-214, *Comisión contra España*) y de 3 de abril de 2008 (C-444, *Comisión contra España*). En esta última se condenaba al Reino de España por la insuficiencia del sistema de recursos, al no prever nuestra legislación un plazo obligatorio para notificar a todos los licitadores y no prever un plazo de espera obligación-de suspensión automática- entre la adjudicación del contrato y su celebración.

⁶ Modificaba la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Se adaptó también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, concretamente sus artículos 10.1 k) y l), 11.1 f) y 19.4.

recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”⁷.

Otra cuestión no menos importante, es la que se refiere a la información que se facilita a los licitadores, que debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. Es necesario informarle de los motivos de su exclusión para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción⁸

Una novedad que introdujo el paquete legislativo de Directivas sobre contratación pública, fue la posibilidad de poder recurrir no solo la fase de adjudicación del contrato, sino también la de interponer recurso una vez se esté ejecutando el contrato propiamente dicho. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración⁹.

⁷ STJUE de 12 de marzo de 2015, Evigilio Ltd, apartado 58.

⁸ STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex, apartados 30 a 32, entre otras muchas.

⁹ J.M. GIMENO FELIU, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 83-140

3. EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NUESTRO PAÍS

3.1 Creación de un recurso administrativo especial: El recurso administrativo especial en materia de contratación.

3.1.1 Introducción

Como bien establece SÁNCHEZ MORÓN, *“en esta materia acceder a una tutela cautelar o inmediata es decisivo, ya que si un contrato ilegalmente adjudicado se ejecuta, la situación será casi siempre muy difícil de reparar dando satisfacción al licitador perjudicado, en el caso de que obtenga una sentencia que anule los pliegos o el acto de adjudicación o la exclusión o rechazo de su oferta”*¹⁰.

Por ello, podemos observar como la STS de 23 de octubre de 2014 —en el recurso de casación núm. 3014/2013, contrato de gestión del servicio de suministro de agua en alta Ter-Llobregat—dispone que el recurso administrativo especial en materia de contratación: *“Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para “hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida” (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar “por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz”*.

El recurso administrativo especial en materia de contratación, a diferencia de los recursos de alzada y reposición que regula la LRJPAC que son resueltos por la misma Administración (el de alzada resuelto por el superior jerárquico, en cambio el de reposición por el mismo órgano que dictó el acto), este recurso es resuelto por un órgano administrativo especializado cuyas funciones las realiza con “plena independencia funcional”. En el ámbito de la Administración General del Estado, este tribunal recibe el nombre de “Tribunal Administrativo Central de Recursos

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017). Derecho Administrativo. Parte general. 12ª edición. Tecnos, Madrid, 2017. Pág. 626.

Contractuales”¹¹ y está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y extiende sus competencias al Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas.

Su misión ha sido la de asegurar la correcta aplicación de las normas y principios que regulan la contratación en el sector público estatal, mediante la resolución de los recursos planteados en los plazos más breves posibles, de modo que interfieran lo mínimo imprescindible en la licitación y permitan resolver los conflictos tras oír en el procedimiento a todos los interesados.

El órgano está compuesto por un Presidente y por un mínimo de dos vocales, que deberán reunir los requisitos de ser funcionarios de carrera y licenciados o graduados en Derecho, con experiencia profesional al menos de quince años, preferentemente relacionada con la contratación pública. Sus miembros son nombrados por un periodo de seis años no renovable, con carácter inamovible durante este tiempo, salvo que concurra alguna causa de remoción¹². Sin perjuicio de todo lo anterior, las Comunidades Autónomas están optando por crear órganos similares para resolver los actos que se recurran en el ámbito de cada una de sus Administraciones o por los poderes adjudicadores dependientes de ellas, o de las entidades locales¹³, o en cambio, están firmando convenios con el Tribunal Central.

¹¹ GIMENO FELIU, J.M. *Los Tribunales Administrativos Especial de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial de Aragón) ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?.* En Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (Dirs). *La Contratación Pública a Debate: Presente y Futuro.* Civitas, Pamplona, 2014, dispone que “*la creación de este órgano administrativo llega después de desechar la posibilidad de atribuir la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado), o de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central*”. Pág.32.

¹² Podrán ser removidos de su cargo por una serie de causas tasadas, estas son: por expiración de su mandato, por renuncia aceptada por el Gobierno, por pérdida de la nacionalidad española, por incumplimiento grave de sus obligaciones, por condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta

o especial para empleo o cargo público por razón de delito o por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

¹³ Artículos 41.1 y 41.3 del TRLCSP, respectivamente. Por citar algún ejemplo: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. <http://www.madrid.org>. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón <http://www.aragon.es/TribunalAdministrativo2>. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo>.

3.1.2 Actos y contratos impugnables

El recurso administrativo especial en materia de contratación no cabe interponerlo frente a todo tipo de actos y de contratos.

El mencionado recurso, solo es predicable respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada¹⁴, incluidos los subvencionados, así como ciertos contratos de servicios cuya cuantía exceda de 207.000 euros y a los contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gasto supere los 500.000 y su duración sea superior a 5 años (circunstancias éstas acumulativas)¹⁵. Se puede extraer de esta explicación que la mayoría de los contratos quedarán fuera del ámbito de aplicación de este recurso, con lo que habrá que acudir a los recursos que regula la LRJPAC o al recurso contencioso-administrativo. Desgraciadamente, estos recursos no satisfacen los derechos de los perjudicados por alguna decisión del procedimiento de contratación, ya que como bien sabemos la tramitación de cada uno de ellos es excesiva y provoca en numerosas ocasiones que cuando éstos son resueltos, el contrato en cuestión ya ha sido ejecutado.

Respecto a los actos que son susceptibles de este recurso, podemos observar como vienen regulados en el artículo 40.2 del TRLCSP:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación¹⁶.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación,

¹⁴ Citar a modo de ejemplo la Resolución del TACRC número 202/2015, de 27 de febrero de 2015, en la que se inadmite el recurso interpuesto por una empresa que recurre el no haber recibido el requerimiento de acreditación de los requisitos de solvencia al habersele notificado exclusivamente a través de la plataforma de licitación electrónica de la entidad, por no tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, debido a que el presupuesto de licitación era de 206.999 euros, no alcanzando por tanto los 207.000 euros exigidos.

¹⁵ Artículo 40.1 del TRLCSP.

¹⁶ En esta Resolución del TACRC número 169/2015, la empresa recurrente interpone recurso administrativo especial en materia de contratación contra el anuncio de la licitación y los pliegos rectores del procedimiento.

determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores¹⁷.

- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores¹⁸.

No solo hablamos de actos emanados de las Administraciones Públicas, sino que también nos referimos a los actos que provengan de otros poderes adjudicadores dependientes o vinculados a ellas, aunque éstos tengan naturaleza jurídica privada. Esto es importante, debido a que si el recurso que se interpone es rechazado por el TACRC, podremos acudir a la vía Contencioso-Administrativo para recurrir decisiones de este tipo de entidades.

En cambio, no será posible interponer el recurso especial en materia de contratación, cuando el objeto del mismo haya sido resuelto anteriormente en una Resolución del propio Tribunal. Lógicamente, tampoco podrá recurrirse cualquier otro acto resolutorio, ya sea expreso o presunto, de otro recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a otro Tribunal u órgano, como sucede con los resueltos por los órganos de contratación según lo previsto en la Disposición Transitoria 7ª del TRLCSP¹⁹, que según la cual solo podrá acudirse a la vía contencioso-administrativa.

¹⁷ La Resolución del TACRC número 179/2015, en la que se admite el recurso interpuesto por la empresa debido a la exclusión de la oferta presentada por el recurrente acordada por la Mesa de Contratación por falta de subsanación en plazo de los defectos advertidos en la documentación administrativa de su oferta.

¹⁸ Por ejemplo la Resolución del TACRC número 208/2015, donde se admite el recurso interpuesto por una empresa que recurre la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, donde se vio excluida del procedimiento por considerar la Mesa de Contratación que su oferta era anormalmente desproporcionada.

¹⁹ DEL OLMO ALONSO, J. "El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: Consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos". Revista Justicia Administrativa, nº 59 febrero de 2013. Pág. 51.

3.1.3 Legitimación Activa

Conviene señalar qué personas están legitimadas para interponer este recurso. El TRLCSP expresa que estarán legitimadas *“toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*²⁰.

Este concepto de interés legítimo ha sido definido durante mucho tiempo por nuestra jurisprudencia²¹, admitiendo que están legitimados para interponer recurso frente a estos actos las asociaciones o entidades representativas de intereses profesionales o económicos, tales como Colegios Profesionales²², circunstancia que como establece SANCHEZ MORÓN, constituye *“una apertura importante, pues muchas veces las empresas o profesionales perjudicados por una contratación presuntamente ilegal prefieren no interponer los recursos contra la Administración ante el temor de quedar relegados en futuras licitaciones”*²³.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de julio de 2005, también sentó la idea de que esfera comprendía este concepto. De tal manera, dispuso que *“la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. Y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir,*

²⁰ Artículo 42 del TRLCSP.

²¹ En la reciente Resolución del TACRC número 195/2015 se menciona el concepto de “interés legítimo” en el ámbito administrativo, esto es, *“el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio”*.

²² Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional cuando afirma que *“la pretensión ejercitada por el colegio profesional en el recurso contencioso-administrativo, esto es, que se procediese a la publicación de la convocatoria del concurso en los medios oficiales legalmente establecidos, puede subsumirse tanto en el ámbito de la representación y defensa del interés general o colectivo de la profesión misma, como en el ámbito de la defensa de los intereses de los profesionales colegiados”* SSTC 38/2010, de 19 de junio, F5.

²³ SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. cit. Pág. 627.

directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento”²⁴.

Por ello, el TACRC también se ha pronunciado sobre el interés legítimo que pueden tener los Colegios Profesionales debido al interés profesional que ostentan sobre los derechos de las personas que representan, y las asociaciones empresariales por la defensa de los intereses de sus asociados (Resoluciones 23/2013 y 273/2012, respectivamente). En otras ocasiones, el reclamante es el Comité de Empresa, reconociéndose su legitimación activa como consecuencia del efecto positivo que tendría la estimación recurso respecto de sus trabajadores (Resoluciones 292/2012 y 281/2012 sobre la reclamación contra los pliegos de prescripciones técnicas en una adjudicación de AENA)²⁵.

Resulta llamativo, doctrina adoptada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), que le concede legitimación a un concejal de esta manera: *“el recurrente, en su condición de concejal, tiene legitimación para impugnar mediante recurso especial ex artículo 42 TRLCSP y 63 LBRL los Pliegos que rigen esta licitación, aprobados por un órgano del que no forma parte y, por ello, sobre los que no pudo expresar su voto contrario, en defensa de los intereses que representa, y desde la propia singularidad de un contrato complejo, en el que la configuración del Pliego —fundamentalmente en lo que se refiere al objeto del contrato, sus posibles modificaciones y los criterios de adjudicación—, puede condicionar la posibilidad de que se satisfagan los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente*”²⁶.

²⁴MORENO MOLINA, J.A, GALLEG0 C0RC0LES, I, PUERTA SEGUIDO, F y PUNZ0N MORALED0,J. Contrataci0n P0blica. *Revista Espa0ola de Derecho Administrativo. Cr0nicas de Jurisprudencia*. N0 162, 2014. P0gs. 115 y 116. STS que se cita como ejemplo, debido al estudio que realizan de la Resoluci0n n0 80/2013, de 20 de febrero de 2013.

²⁵DEL OLMO ALONSO, J. Op. cit. P0gs. 58 y 59.

²⁶ Acuerdo del TACPA 44/2012, de 9 de octubre. De la misma manera se contempla expresamente dicha circunstancia en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento

3.1.4 Procedimiento

A continuación, es importante matizar que para presentar este recurso, es obligatorio anunciar con carácter previo su voluntad de interponerlo ante el órgano de contratación, haciendo constar cual será el acto del procedimiento que se va a recurrir²⁷. El plazo para interponerlo, es el de quince días a contar a partir del día siguiente a aquel en que se notifique el acto impugnado, aunque la Ley establece una serie de especialidades o matizaciones con respecto a una serie de supuestos. Además para que este recurso pueda ser admitido ha de ir acompañado de una serie de documentos (sin perjuicio de que pueda subsanarse los defectos del mismo en el plazo de tres días hábiles), que acrediten la representación y la legitimación de la persona que comparece, la copia del acto expreso que se recurre y la justificación de haber anunciado debidamente la interposición del mismo²⁸.

Conviene destacar que no surte los mismos efectos el recurrir cualquier acto del procedimiento. Si el acto recurrido es el de adjudicación, el efecto principal es que quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación y no podrá formalizarse el contrato. Aunque como menciona SANCHEZ MORÓN sin perjuicio del “efecto suspensivo”, la brevedad con la que se resuelve el recurso, unido a las posibilidades de pedir medidas provisionales y a la posibilidad de impugnar en todo caso el acto de adjudicación aunque se haya impugnado otro acto anterior del expediente²⁹, hacen de este recurso una vía ágil para defender los derechos de los perjudicados en un procedimiento de contratación.

de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015).

²⁷ A pesar de ello, el TACRC permite en ocasiones acceder al procedimiento aunque no se haya cumplido este requisito. Así la Resolución del TACRC número 945/2014, al admitir el recurso, a pesar de que la empresa había interpuesto recurso de reposición frente al órgano de contratación, el Tribunal menciona que *“el recurrente ha interpuesto dicho recurso porque el propio PCAP establecía en su cláusula 3, que las cuestiones litigiosas serían resueltas por los órganos de contratación, “luego de interposición en su caso, del recurso de reposición potestativo...”*, estableciendo que *“el recurso debe admitirse dado que el recurrente ha interpuesto el recurso que a tal efecto se preveía en los pliegos y el órgano de contratación no puede beneficiarse del error en el que incurren los propios pliegos”*.

²⁸ Artículo 44 TRLCSP.

²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. cit. Pág. 628.

También se prevé la posibilidad de pedir antes de interponer el recurso en cuestión, que se adopten “*medidas provisionales*” con la finalidad de que no se causen perjuicios a los intereses afectados, incluidas las que tengan que ver con la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el órgano de contratación, medidas que se deberán acordar en el plazo de 5 días, sin posibilidad de recurrir en caso de ser denegadas³⁰, sin perjuicio de que pueda recurrirse la resolución del recurso especial sucesivo, o pueda condicionarse a la constitución de una garantía.

La tramitación del procedimiento seguirá las reglas previstas en la LRJPAC, sin perjuicio de las especialidades mencionadas en el TRLCSP, relativas a los plazos para dicha tramitación (son más breves que los plazos regulados en la LRJPAC), y a la solicitud y adopción de las “medidas provisionales”.

Después de llevarse a cabo todo el procedimiento, el órgano competente para resolver el recurso deberá pronunciarse en el plazo de cinco días desde la recepción de las alegaciones, o en su caso, de la práctica de la prueba.

Tiene amplias facultades para pronunciarse sobre las medidas que deben adoptarse, éstas son las siguientes:

- Podrá pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación. Además, puede suprimir las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias reflejadas en el anuncio de licitación, en los pliegos o en cualquier otro documento relacionado con la licitación, hasta el punto de poder proceder a retrotraer las actuaciones³¹.

³⁰ Artículo 43 TRLCSP.

³¹ Artículo 47.2 del TRLCSP. Así lo dispone la Resolución 136/2015, en la cual establece que “*procederá estimar el presente recurso, anulando el acuerdo de adjudicación impugnado así como, como necesaria consecuencia de lo anterior, el contrato formalizado indebidamente, con retroacción de las actuaciones a fin de que se dicte nuevo acuerdo de adjudicación debidamente motivado*”.

- Siempre que la parte lo solicite, cuando concurran los requisitos, podrá acordar que la entidad contratante indemnice a la persona perjudicada por los daños y perjuicios que le haya podido causar la decisión o el acto objeto del recurso³².
- Acordará en su caso, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como la devolución de las garantías exigidas³³.
- Por último, se le concede la posibilidad de imponer sanciones económicas si aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, cuantía que oscilará entre los 1000 y 15000 euros, en función del alcance de la temeridad y del perjuicio ocasionado³⁴.

Conviene dejar claro que, la función del TACRC es exclusivamente, la de revisar los actos recurridos con la finalidad de determinar si se ha producido un vicio de nulidad o de anulabilidad³⁵. Cuando el Tribunal constate que existen tales vicios, se podrá decantar a favor de cualquiera de las posibilidades que se han expresado anteriormente. Por todo ello, si por ejemplo el TACRC se pronunciará en el sentido de adjudicar el contrato a favor de alguno de los recurrentes, dicha adjudicación sería nula de pleno derecho por incompetencia material, en virtud de los artículos 47.1, b) de la LPACAP y 32, a) del TRLCSP³⁶.

³² Artículo 47.3 del TRLCSP. A la hora de fijar la indemnización se deberán observar los criterios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, debiéndose cubrir al menos los gastos ocasionados como consecuencia de preparación de la oferta (artículo 48 TRLCSP).

³³ Artículo 47.4 del TRLCSP.

³⁴ Artículo 47.5 del TRLCSP. Por ejemplo, la Resolución 220/2015, establece que *“cabe apreciar la indudable temeridad del recurrente en la interposición del recurso pues éste se basa en idénticos argumentos que el anteriormente desestimado”*. Imponiendo la multa de 1000 euros a la empresa recurrente.

³⁵ Por ejemplo, en este sentido se pronuncian las Resoluciones del TACRC números 20/2013, 288/2012 ó 189/2012, entre muchas otras.

³⁶ DEL OLMO ALONSO, J. Op. cit. Págs. 54 y 55.

Por último, destacar por su importante aplicación práctica, la previsión de que contra la resolución dictada en este procedimiento, solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo debido a que estas resoluciones ponen fin a la vía administrativa, siendo la resolución directamente ejecutiva excepto cuando no sean totalmente estimatorias. Siendo competentes las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en el caso que las resoluciones sean dictadas por los Tribunales de recursos contractuales de las CCAA (artículo 10.1, I) de la LJCA). En cambio, contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, será competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 11.1, f) de la LJCA)³⁷.

Al no venir regulado nada sobre el plazo máximo en el que el Tribunal debe finalizar el procedimiento y notificar la resolución, habrá de utilizar supletoriamente el plazo de tres meses del artículo 21.3 de la LPACAP. De tal manera que, en caso de no producirse manifestación alguna por parte del Tribunal habrá de considerar el silencio como negativo, ya que al tratarse de un procedimiento de impugnación, estaremos a lo dispuesto por el artículo 24.2 LPACAP³⁸.

Sin embargo, las características que definen este recurso dejan constancia de que presenta una serie de limitaciones en lo relativo a la consecución de la integridad de la contratación pública, debido a que al poder interponerse solamente ante las irregularidades que existan en los contratos armonizados, dejan sin posibilidad de impugnación a un número significativo de contratos. Así lo establece SANCHEZ MORÓN, cuando dice que *“un control eficaz y completo de la contratación pública solo tendrá lugar en la medida en que los jueces ejerzan con decisión sus facultades de revisión, y muy especialmente, adopten las medidas cautelares pertinentes”*³⁹. Para

³⁷ Artículo 49 del TRLCSP.

³⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. cit. Pág. 629.

³⁹ Ibidem.

GIMENO FELIU, esta limitación no tiene justificación pues que el resto de contratos también se someten a los principios del derecho comunitario⁴⁰.

Por ello, una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aceptó una cuestión prejudicial respecto a un contrato no sujeto a regulación armonizada, presentada por un tribunal en el seno de un procedimiento en el que se excluyó a un licitador por entender el poder adjudicador que su oferta no se ajustaba a los requisitos técnicos que se exigían⁴¹. El TJUE estima su admisión estableciendo que *“procede considerar que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto habida cuenta de ciertos criterios objetivos”*. Entiendo que es una sentencia que va a tener una importante aplicación práctica en relación a la posibilidad de poder corregir las irregularidades en contratos que no superen el umbral económico exigido en las Directivas comunitarias. Entre tanto, para los contratos no sujetos a regulación armonizada la vía del recurso es la regulada en la LPACAP, lo que me parece una cuestión que sigue dejando muchos contratos sin posibilidad de ser recurridos de forma efectiva.

Lo pienso así, por la insuficiente agilidad existente en la resolución de los recursos que se interponen por los licitadores excluidos en estos contratos no “SARA”, teniendo como consecuencia directa la imposibilidad de satisfacer los derechos e intereses de los recurrentes. Esta circunstancia va unida a la situación que se puede dar en el caso de que se estime el recurso interpuesto, que no es otra que la obligación que existe de indemnizar al *licitador perjudicado*⁴². Tal indemnización deberá por lo

⁴⁰ GIMENO FELIU, J.M. *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*. MADRID: Civitas-Thomson-Reuters.

⁴¹ STJUE de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14.

⁴² Así lo prevé el artículo 2.1.c) de la Directiva 89/665/CEE. *“Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para: conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción”*.

menos cubrir los gastos que tuvo que soportar el licitador recurrente para participar en el procedimiento⁴³, hasta tal punto que en los casos en que se demuestre que el recurrente debió haber sido el adjudicatario del contrato o con tal solo con que quede probado que éste hubiera podido tener una *posibilidad real* de obtenerlo si no hubiera existido tal infracción, aplicándose la doctrina de la pérdida de oportunidad, se deberá satisfacer también el lucro cesante⁴⁴.

Es decir, probablemente el contrato, se adjudicó por un precio mayor al necesario realizándose un desembolso que perjudicaba a la totalidad de los ciudadanos; pero no queda ahí la cosa, sino que además como he dicho se tendrá que indemnizar al que probablemente debía haber recibido la adjudicación en su momento por haber sido excluido del procedimiento si causa motivada o justificada, lo que provoca un gasto de fondos públicos que soportamos la totalidad de los ciudadanos.

3.1.5 Breve referencia a la cuestión de nulidad

Estudiado el recurso administrativo especial en materia de contratación, que tiene naturaleza precontractual, hasta que no se transpongan las nuevas Directivas, hay que hacer referencia a la cuestión de nulidad contra los contratos sujetos a regulación armonizada ya perfeccionados y formalizados. Los casos en que cabe interponer dicha cuestión de nulidad⁴⁵ son los siguientes:

- a) “Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.

⁴³ Artículo 48.2 TRLCSP.

⁴⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. cit. Pág. 647.

⁴⁵ Artículo 39 del TRLCSP.

- b) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 156.3 para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:
- Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes y, que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.
 - Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 40 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.
- c) Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 196 celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en párrafo segundo del artículo 198.4.
- d) Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación

armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidas en el artículo 202 sobre adjudicación de tales contratos”⁴⁶

El principal efecto que tiene la declaración de nulidad del contrato es que éste entrará en fase de liquidación, con la salvedad de que si se produjese un grave trastorno al servicio público, se puede acordar que el contrato continúe con sus efectos, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio⁴⁷, siendo sustituidos sus efectos por la imposición de una sanción económica al poder adjudicador o por una reducción proporcionada de la duración del contrato⁴⁸.

Asimismo, la cuestión de nulidad se interpondrá ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o ante el órgano autonómico competente. Estarán legitimados para interponerla cualquier persona cuyos intereses legítimos se hayan visto perjudicados por algún supuesto de nulidad. El plazo para de interposición es el de treinta días hábiles que se contarán desde la publicación de adjudicación del contrato o desde la notificación a las personas afectadas, de los motivos por los que se rechazo su candidatura. Cuando no concurra ninguno de estos casos, la cuestión deberá interponerse antes de que transcurran seis meses desde que se formalice el contrato. Como especialidades con respecto al recurso estudiado anteriormente, cabe destacar que no es necesario anunciar la interposición de la misma, además de no tener carácter suspensivo automático, sin perjuicio de las medidas provisionales que se acuerden⁴⁹.

Hasta ahora, se venía estableciendo el “carácter precontractual” del recurso especial en materia de contratación, siendo esta cuestión de nulidad la única vía para recurrir el contrato en la fase de ejecución del mismo. Con la promulgación de las

⁴⁶ Artículo 37 del TRLCSP.

⁴⁷ Artículo 35.3 del TRLCSP. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 38.2 cuando establece que se deberá permitir el mantenimiento del contrato cuando concurren causas justificadas de preservar el interés general.

⁴⁸ Así lo dispone el artículo 38.3 TRLCSP. Debiendo estar determinada la sanción económica en unos porcentajes que oscilarán entre el 5 y el 20% del precio de adjudicación del contrato. En cambio, si se decide reducir la duración del mismo, se tendrá en cuenta la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o, el daño causado al interés público y al mismo licitador.

⁴⁹ Artículo 39 del TRLCSP.

nuevas Directivas y la aprobación del Anteproyecto, he podido observar como se ha integrado la cuestión de nulidad dentro del artículo que recoge el citado recurso, mediante lo que se pretende que el recurso especial en materia de contratación pierda su naturaleza precontractual y garantice un mayor control en cualquier fase del procedimiento.

3.2 Las nuevas Directivas sobre contratación pública

Dentro de la Unión Europea es la contratación pública uno de los sectores con mayor desarrollo normativo, debido a la importancia que tiene tanto política, jurídica, social, como económica. La corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo- y, conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior⁵⁰. Por todo ello es notable la preocupación que provoca en las instituciones que pueda verse corrompido en algún sentido este sector, debido entre otras muchas causas al uso de prácticas abusivas que distorsionen de algún modo el mercado común europeo. Para prevenir que puedan suceder dichas actuaciones, nos encontramos con normas de Derecho originario y de Derecho derivado, que con la labor de interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que se ha conseguido es perfeccionar las sucesivas directivas europeas en la materia.

Desde la Unión Europea se ha intentado controlar de una manera íntegra este sector, la última reforma de las Directivas sobre recursos contractuales establecían dos tipos de medidas: precontractuales y postcontractuales.

Entre las primeras *“se incluyen el derecho a medidas provisionales, un plazo suspensivo obligatorio entre la decisión de adjudicación y la celebración del contrato y la obligación de suspender el procedimiento de concesión mientras se investiga el recurso para evitar la adjudicación del contrato.”* En cambio, dentro las postcontractuales *“pretenden declarar sin efecto un contrato existente u ofrecer*

⁵⁰ Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3.

*compensación (principalmente daños y perjuicios) a las partes afectadas después de que se haya adjudicado el contrato en cuestión”.*⁵¹

Como vengo diciendo, esta materia ha experimentado en los últimos tiempos, cambios normativos como consecuencia directa de las circunstancias expresadas anteriormente. Debido a esas causas el pasado 26 de febrero de 2014 se promulgaron las Directivas sobre contratación pública -la denominada “cuarta generación”⁵²- con la finalidad de simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de los procedimientos contractuales en el ámbito de la Unión.

Los dos objetivos fundamentales que se persiguen desde las instituciones de la Unión Europea son por un lado, incrementar la eficiencia del gasto público, que se consigue a través de la implantación de unos procedimientos basados en la racionalización y en la simplificación. Por otro lado, se pretende que los licitadores utilicen estos procedimientos de una manera más equitativa, observando los recursos y factores para preservar el medio ambiente, fomentando la innovación y ante todo asegurando unas mejores condiciones en la prestación de los servicios públicos⁵³.

Desde el seno de la Unión Europea se es consciente de que en los procedimientos de contratación son frecuentes los casos de corrupción y prácticas clientelares, los cuales desencadenan consecuencias económicas que perjudican la imagen de las instituciones administrativas y políticas. Tanto es así que el Parlamento Europeo ha afirmado que *“el sector de la contratación pública es el más expuesto a los*

⁵¹ INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO SOBRE LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA 89/665/CEE Y LA DIRECTIVA 92/13/CEE, MODIFICADAS POR LA DIRECTIVA 2007/66/CE, EN CUANTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, pág. 2.

⁵² Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

⁵³ Así lo entiende GIMENO FELIU, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad” Ponencia AEPDA. Madrid, febrero de 2015. Pág. 1. Recientemente publicado en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.). “Las nuevas directivas de contratación pública”. Aranzadi, 2015.

riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”⁵⁴.

Por ello es el momento para que las nuevas Directivas supongan un antes y un después en la lucha contra este tipo de actuaciones. Mediante este comunicado el objetivo del Parlamento es que los Estados miembros lleven a cabo la transposición de las mismas de la manera más efectiva posible, ya que son claros *“los efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior”⁵⁵.*

De todos es sabido, que la transposición de las nuevas Directivas sobre contratación pública, va destinada a satisfacer las posibilidades de control de todos los procedimientos; por un lado, valorando las decisiones adoptadas, y por otro, valorando la capacidad de proponer medios de revisión de tales decisiones.

Desde el marco de la Unión Europea, son conscientes de la importancia de este sector para el buen funcionamiento de la política económica y social. Tanto es así que, según el Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión⁵⁶, *“recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente*

⁵⁴ Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011).

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf

atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción”.

Por todo ello, el punto central sobre el que debe girar este recurso para su verdadera aplicabilidad reside en el principio de eficiencia, ya que cumpliéndose dicho principio, significará que se está realizando un control rápido y efectivo de cada uno de los procedimientos, favoreciéndose el cumplimiento de otros principios no menos importantes como son, el de transparencia y libre concurrencia.

Así lo ha entendido y lo ha explicado muy bien el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 121/2012, de 23 de mayo⁵⁷, en la que literalmente dice: *“Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia”.*

Por tanto, se puede decir que el sistema de contratación pública español, antes fundamentado en la idea de autotutela de la administración y presunción de legalidad de sus decisiones, ha dado un giro de 360 grados. Y ahora entiendo (al igual que lo hace el OBCP⁵⁸ en su Informe sobre este tema) que *“el sistema de recurso especial, ha permitido modular esta presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar –antes de la formalización del contrato- si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente”.*

La realidad en nuestro país, en cambio, en muchas ocasiones demuestra que no se está haciendo una gestión eficiente. Según el Informe de la Comisión Nacional de

⁵⁷ Resolución del TACRC, 121/2012, de 23 de mayo, FJ 6. (Págs. 13-14).

⁵⁸ GIMENO FELIU, J.M. INFORME ESPECIAL. SISTEMA DE CONTROL DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN ESPAÑA. (CINCO AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS. LA DOCTRINA FIJADA POR LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. ENSEÑANZAS Y PROPUESTAS DE MEJORA), diciembre 2015.

los Mercados y la Competencia publicado en febrero de 2015⁵⁹, debe velarse por cumplir con los principios de transparencia y competencia, cifrando en 47.000 millones de euros la cantidad que por muchas circunstancias hacen que el sistema de contratación actual, sea visto como un modelo en el que las prácticas corruptas sean vistas como algo cotidiano.

El recurso debe servir, por tanto, para consolidar un nuevo modelo de contratación pública. Un modelo que debe dejar de verse como un fin, y empezar a verlo como una herramienta para satisfacer el interés general de una manera efectiva y eficiente. Administrándose de dicha manera esta materia, la gestión de la contratación pública dejará de estar rodeado de casos de corrupción.

3.3 Las novedades reflejadas en el Proyecto de Ley

En relación con el recurso especial en materia de contratación, se han introducido diversas novedades. Desaparece la cuestión de nulidad contractual que se integra en el recurso con el objetivo de transmitir que el recurso, no es solo de carácter precontractual, sino que garantiza el control de toda la vigencia del contrato. Por tanto son destacables varios asuntos, el primero tiene que ver con los actos que son objeto de interposición del mismo, donde se incluyen las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la ley, por entenderse que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación⁶⁰, con lo que es importante por su apertura a la fase de ejecución del contrato, esto es, se deja atrás, como he dicho antes, su noción de recurso precontractual. También podrá interponerse el recurso frente a:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

⁵⁹ "PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia".

⁶⁰ Artículo 44.2,d) y e) del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante Proyecto de Ley).

- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la mesa de contratación por el que se acuerde la exclusión de licitadores.

- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

- Los encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales.

Lo segundo y no menos importante, es que se suprime la obligación de anunciar previamente al órgano de contratación la voluntad de interponer el recurso. En aras de la búsqueda de la simplificación del procedimiento, aparece un nuevo artículo que establece que las comunicaciones e intercambios de información entre los sujetos que participan en el mismo deberán llevarse a cabo a través de medios electrónicos⁶¹.

A continuación, se permite que cualquier persona física o jurídica pueda interponer el citado recurso, cuando sus intereses legítimos, *“individuales o colectivos”* hayan podido verse perjudicados o vulnerados⁶². Sin duda, esta posibilidad es una gran garantía, ya que aunque la jurisprudencia constitucional y la doctrina del TACRC ya lo admiten como hemos visto antes, se reconoce ahora expresamente legitimación por ejemplo, a asociaciones o entidades representativas de intereses profesionales o económicos, como son los Colegios Profesionales.

⁶¹ Artículo 54 del Proyecto de Ley.

⁶² Artículo 48 del Proyecto de Ley.

4. LA IMPORTANCIA DE UN ORGANO DE CONTROL INDEPENDIENTE Y ESPECIALIZADO

4.1 El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Dicho Tribunal elabora una Memoria Anual, en la que se reflejan los recursos planteados, los recursos resueltos, así como los contratos sobre los que se interponen cada uno de ellos.

Los siguientes datos reflejan la actividad de este órgano desde su constitución⁶³:

| | AÑO 2010 | AÑO 2011 | AÑO 2012 | AÑO 2013 | AÑO 2014 | AÑO 2015 |
|-------------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| | | | | | | |
| PRESENTADOS | 75 | 346 | 348 | 1067 | 1117 | 1321 |
| | | | | | | |
| RESUELTOS | 38 | 347 | 339 | 897 | 1166 | 1366 |

Como podemos observar los recursos presentados han ido creciendo de manera destacable, y como consecuencia de la aprobación de las nuevas Directivas sobre contratación pública, estos datos seguirán aumentando debido a las posibilidades de recurrir, entre otras actuaciones, las modificaciones contractuales.

Y en este otro, podemos observar sobre que tipo de contratos se pronuncia el Tribunal:

| | AÑO 2010 | AÑO 2011 | AÑO 2012 | AÑO 2013 | AÑO 2014 | AÑO 2015 |
|-----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| | | | | | | |
| SERVICIOS | 51% | 67% | 66% | 53% | 63% | 64% |
| | | | | | | |
| OBRAS | 3% | 10% | 4% | 2% | 1% | 2% |
| | | | | | | |

⁶³ Datos obtenidos de las Memorias de Actividades dictadas por el Tribunal Central de Recursos Contractuales.

| | | | | | | |
|----------------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| SUMINISTROS | 16% | 19% | 20% | 12% | 15% | 16% |
| | | | | | | |
| ACUERDOS MARCO | 30% | 3% | 8% | 25% | 11% | 5% |
| | | | | | | |
| OTROS | - | 1% | 2% | 10% | 10% | 13% |

De la Memoria realizada en el año 2015 el Tribunal saca la siguiente conclusión: *“la actividad del Tribunal está presidida por el principio de eficacia. Su objetivo principal y la condición de su creación es que el plazo para dictar sus resoluciones haga posible dar satisfacción a las pretensiones de los recurrentes cuando proceda estimar sus recursos. Al mismo tiempo, y dadas las características del procedimiento, especialmente en lo que hace referencia a la suspensión de los actos de adjudicación, es indudable que el Tribunal no puede dilatar los procedimientos para resolver los recursos fuera de los límites que exige la necesidad de que la contratación no quede paralizada más allá de lo estrictamente necesario. Con estas dos premisas como condicionantes de su actuación, los recursos se tramitan en la medida de lo posible a través de procedimientos electrónicos.”*⁶⁴

Otro dato que me ha llamado la atención es que según esta Memoria, hasta el 1 de febrero de 2016, se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa 77 de las resoluciones dictadas por el TACRC en 2015, es decir, apenas el 7% de las que han agotado el plazo de recurso.

La incidencia es inferior a la del periodo 2010 -14. Desde la creación del tribunal en octubre de 2010, se han recurrido 302 resoluciones, un 9% del total. Es decir, que más del 90% han sido aceptadas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional. De los 170 recursos contenciosos finalizados hasta el momento, 70 han caducado o se ha desistido del recurso, en 66 se ha confirmado la resolución del TACRC y sólo en 34 se han estimado total o parcialmente las pretensiones del recurrente.

⁶⁴ Memoria de Actividades del Tribunal Central de Recursos Contractuales, AÑO 2015.
<http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202015.pdf>

4.2 Doctrina seguida por el Tribunal Central de Recursos Contractuales

Tras cinco años de funcionamiento existe ya una doctrina administrativa consolidada de este órgano de recursos contractuales, que refuerza la función de mejora en las actuaciones de las Administraciones Públicas. Una doctrina que resulta bastante uniforme, que se justifica con la coordinación real que existe entre este órgano y el resto de Tribunales autonómicos de recursos contractuales.

En este apartado voy a tratar de hacer un estudio de las resoluciones que ha dictado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en diversas materias, centrándome en las más actuales porque entiendo que son las que pueden resultar más interesantes como objeto de este trabajo.

El primer tema que voy a abordar, es el de la extemporaneidad del recurso.

La sentencia del Tribunal Supremo 3295/2013, trató sobre la presentación del recurso por correo. La sentencia citada, aplicando lo dispuesto en el artículo 37.6 de la LCSP, considera que no hay extemporaneidad en el recurso especial si el mismo se presenta en plazo en la oficina de correos. Si bien, esa sentencia se dictó sin tener en cuenta la última reforma de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por tanto establecía que: *“el primer motivo debe decaer porque no hay extemporaneidad en el recurso especial que interpuso GESCOR. No la hay porque presentado en la Oficina de Correos el 30 de agosto de 2008, no sólo estaba dentro de los diez días de plazo legal contados desde el siguiente al que recibió la notificación de las adjudicaciones (el día 28 de agosto), sino que también lo estaría contándolos desde el día siguiente a la publicación del perfil del contratante el 19 de agosto”*⁶⁵.

En cambio, tras la reforma operada por esta última norma citada, se incorpora ya el término “necesariamente” a la presentación del recurso en cualquiera de estos dos registros, esto es, en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano encargado de resolverlo para determinar si aquel se ha interpuesto en plazo⁶⁶.

⁶⁵ STS 6216/2013, de 4 de diciembre de 2013, FJ 4.

⁶⁶ Así lo dispone el artículo 44.2 del TRLCSP.

Estrechamente relacionado con lo anterior cabe mencionar una reciente sentencia del TACRC, en la que establece a partir de cuándo se empieza a contar el plazo para la interposición del recurso especial, de este modo (al igual que lo hace el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (BOE de 25 de septiembre), se refiere específicamente al plazo de interposición de recurso contra el anuncio de licitación y contra el contenido de los pliegos), establece que: *“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio... 2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido...”*⁶⁷.

Un asunto especial es el analizado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid cuando establece que *“se produce así una modificación en cuanto al sistema de cómputo de plazos que no es baladí en tanto en cuanto el antiguo artículo 48.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, solo excluía del cómputo domingos y festivos, pero no los sábados. La LPAC entró en vigor, tal y como establece su Disposición final séptima, al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es el 2 de octubre de 2016, fecha que determina su aplicación y por ende su régimen transitorio. Así de acuerdo con su Disposición transitoria tercera, “Régimen transitorio de los procedimientos”, “Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán,*

⁶⁷ Resolución del TACRC nº 978/2016, de 25 de noviembre de 2016, FJ 4. En el mismo sentido lo hace la Resolución del mismo Tribunal nº 973/2016.

en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma”. Es decir, y a sensu contrario, que a efectos de la interposición del recurso especial en materia de contratación, respecto de los actos y resoluciones dictados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, los plazos se computarán conforme a la derogada Ley 30/1992, y en consecuencia, para estos supuestos, los sábados son hábiles, como ocurre en el presente caso.”⁶⁸

El segundo tema a tratar va a ser, la imposibilidad de interponer un recurso administrativo frente a una resolución de un recurso especial.

Al igual que lo hace GIMENO FELIU, entiendo que, “la propia lógica del sistema impide que, una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial”⁶⁹.

Por ello, no solo ha sido el TACRC el único que ha interpretado en sus resoluciones dicha prohibición, así el TACPA estableció que: *“otra interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal. Nada altera este razonamiento, frente a lo que expone el recurrente, el criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 39/2012, de 19 de abril, que admite la legitimación para interponer recurso especial ante una nueva adjudicación, tras la estimación de un recurso especial, por quien fuera inicialmente propuesto como adjudicatario, siempre que no se aprecie del examen de las alegaciones efectuadas en el recurso, que en general las mismas se refieran a cuestiones ya examinadas por el Tribunal, lo que constituiría un fraude procedimental determinante de la inadmisión del recurso”⁷⁰.*

En una resolución más actual, el TACRC comparte dicha postura: *“Ciertamente, frente a la Resolución de un recurso especial no cabe más recursos en vía*

⁶⁸ Resolución nº 258/2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 1 de diciembre de 2016, FJ 4.

⁶⁹ Op. Cit. pág.51.

⁷⁰ Acuerdo 12/2011, de 12 de julio, del TACPA.

*administrativa, ni tan siquiera el extraordinario de revisión (artículo 49.1 TRLCSP y Resoluciones 205/2014 y 352/2014)”.*⁷¹

Otro aspecto importante es el relacionado con los contratos administrativos especiales, atribuye carácter administrativo a los celebrados por las Administraciones Públicas, cuyo objeto sea distinto a los típicos que hemos enumerado, *pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla.*

Por ello, la categoría del contrato administrativo especial no puede servir, sin más, como argumento para excluir la competencia de los órganos de recursos contractuales.

La Resolución 29/2014, de 17 de enero del TACRC (también Resolución 239/2015, tras analizar si la prestación en cuestión es un contrato de servicios, establece que *“los contratos de explotación de un servicio de cafetería y comedor, como es el supuesto aquí examinado, son los ejemplos característicos de contratos administrativos especiales, puesto que “no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante..., si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines; abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor, y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones”.*

Por otro lado, aspecto importante es la tipificación del contrato a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas

⁷¹ Resolución 813/2016, de 14 de octubre de 2016, del TACRC, FJ 4.

definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes.

La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial. En definitiva, la calificación del contrato que haga el pliego o incluso una norma legal no vincula a efectos de la interposición del recurso especial, debiendo acudir -Resolución 154 /2011- en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos citados (5 a 11 TRLCSP), que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Así, para calificar un contrato como gestión de servicios públicos debe cumplirse los dos requisitos de titularidad y de explotación a riesgo tienen carácter acumulativo. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha entendido que no existe contrato de gestión de servicios públicos el Servicio de restauración en Palacio de Congresos ya que para que pueda así calificarse se presupone una actividad servicial publicada y, en cuanto tal, atribuida a la competencia de la Administración (Resolución 192/2011). Y en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios.

GIMENO FELIU, plantea un supuesto extraño donde *“se analiza en la Resolución núm. 233/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al analizar la adjudicación de un contrato de seguro de asistencia sanitaria para el personal en el exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. El órgano de contratación planteaba la inadmisibilidad del recurso por tratarse de un contrato de naturaleza privada, por ser su objeto un servicio comprendido en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP, distinto de los citados en el artículo 40.2 TRLCSP. Sin embargo, el Tribunal Central entiende que se trata de un contrato recurrible, ya que «...aunque la naturaleza del contrato sea privada, tanto su preparación como su adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.2 de la TRLCSP, se rigen por la citada Ley, siendo por tanto el acto aquí impugnado susceptible de recurso especial...»*⁷².

⁷² Op. Cit. pág. 57.

La solvencia de los licitadores es algo que también debe quedar de manera clara en los pliegos. Por ello, la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada.

Pero debemos tener claro, que los requisitos de solvencia deben ser proporcionales al objeto mismo del contrato, así el Acuerdo TACPA 18/2012, de 31 de mayo de 2012 determina la finalidad de la solvencia y los efectos que tiene su no acreditación, recordando que: *“Con carácter previo al análisis de estas cuestiones, este Tribunal quiere recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «sine qua nom», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público”*.

El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entiende que *“las explicaciones y aclaraciones sobre los certificados, que debieran haberse solicitado por la Mesa, en trámite de subsanación de la solvencia presentada, se han incorporado en el escrito de alegaciones al recurso, siendo suficientes a juicio de este Tribunal a los efectos de acreditar de la solvencia exigida, por lo que no procede, en aras del principio de economía procesal, retrotraer el procedimiento al momento procedente para que, en definitiva, la adjudicataria realizase las mismas”*⁷³.

También debe preservarse la libre competencia a la hora de diseñar todo tipo de contratos. Se falsea también la competencia si se agrupan varias prestaciones en un mismo contrato, pues la “complementariedad” no puede justificar unificar en un contrato distintas prestaciones. *“Un análisis racional de las prestaciones que*

⁷³ Resolución nº 274/2016, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 22 de diciembre de 2016, FJ 5.

componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines. Ello es así porque, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante ni está diferenciando entre prestaciones concretas. Si así fuera, el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. Por el contrario, el criterio de este Tribunal es que la intención del legislador fue otra muy diferente.”⁷⁴

Esto es así porque uno de los objetivos del Texto que regula toda esta materia, es preservar el principio de libre concurrencia, por lo tanto en la resolución citada ahora mismo se ve de manera clara que no nos encontramos con un contrato mixto, ya que las prestaciones no están vinculadas. En la misma resolución entiende el Tribunal, que estas prestaciones *“deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque sólo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional. Y es que no es discutible que no existe una unidad funcional respecto de prestaciones que estén tan alejadas materialmente como las que antes hemos señalado”*.

Sin duda, uno de los temas que merece mención especial es el de las modificaciones contractuales, debido a que engloba dos principios que según desde el punto de vista que lo observemos, estaremos a favor de estas modificaciones, o en cambio no. El primero de los principios es el de *“eficacia en el servicio al interés público”*, que lo que transmite no es sino que, son necesarias las modificaciones de los

⁷⁴ Resolución 346/2013, de 4 de septiembre de 2013, del TACRC.

contratos por las múltiples circunstancias que pueden rodear la ejecución del mismo. Por otro lado, de manera contrapuesta, nos encontramos con el principio de “*libre concurrencia*” que en esta materia es la clara manifestación de la premisa de que siendo razonable que en fase de ejecución pueden suceder múltiples causas que obliguen a modificar las condiciones que se previeron, éstas deben respetar ante todo el contenido de lo licitado.

Es innegable la importancia práctica que pueden tener este tipo de modificaciones en todo procedimiento contractual. Tanto es así que si observamos el *Informe de lucha contra la corrupción de la UE*⁷⁵, podemos observar como el 44% de las empresas españolas creen que las modificaciones contractuales son una de las prácticas corruptas más generalizadas en la fase de ejecución del contrato.

De tal manera, GIMENO FELIÚ establece que “*las modificaciones de un contrato no se considerarán sustanciales cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse*”.⁷⁶

⁷⁵ INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO. INFORME SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA UE. Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38, pág. 27.

⁷⁶ GIMENO FELIU, J.M. “Las nuevas Directivas-cuarta generación-en materia de contratación pública. Hacia una eficiente estrategia en compra pública”. *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 159 Julio – Septiembre 2013. Pág.76.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA- Unos mercados de contratación pública abiertos y bien regulados contribuyen a una utilización más eficiente de los recursos públicos y a la mejora de la calidad de las adquisiciones públicas. Por ello, considero que los objetivos de aumentar las garantías de transparencia y no discriminación, permitir la adopción de medidas rápidas y eficaces, garantizan a los operadores económicos que todas las solicitudes de licitación sean tratadas de manera equitativa. Además al igual que opina la Comisión, las Directivas sobre procedimientos de recurso presentan un claro valor añadido de la UE. Por ello, es de suma importancia contar en el Derecho de la Unión Europea con requisitos para la presentación de procedimientos de recurso en materia de contratación pública.

SEGUNDA- Relacionado en parte con la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, nos encontramos con el recurso especial en materia de contratación. Me parece acertado el nuevo sentido que se le da al citado recurso ya que, antes de la promulgación de las Directivas desde la Unión Europea el carácter que ostentaba este recurso, se puede decir que era “precontractual”, debido a que solo podía interponerse frente a actos que vulneraran los derechos de los licitadores antes de la adjudicación del mismo. Ahora en cambio, con la posibilidad de impugnar las modificaciones que se produzcan durante la ejecución del mismo a los licitadores que no recibieron en su momento la adjudicación el contrato, se produce un mayor alcance de control de cualquier contrato.

La finalidad de este recurso se ha visto reforzada con motivo de esta nueva regulación, ya que es estrictamente necesario que se produzca un control ágil y eficaz debido a la repercusión negativa que tiene para la sociedad en su conjunto que un contrato ilegalmente adjudicado a una empresa produzca sus efectos, y posteriormente, una vez finalizado el mismo un tribunal dictamine que no debía haber sido así.

Las consecuencias perjudiciales son dos, la primera y más importante es que se ha realizado una inversión de fondos públicos, a priori, con la finalidad de satisfacer el interés general, pero pasándose por alto los principios que deben observarse en un procedimiento tan transcendental como es el que rige la contratación pública. Por otro lado, en segundo lugar, esa decisión lo que ha desencadenado es una situación de ilegalidad que perjudica a los ciudadanos, sobretudo económicamente debido a que posiblemente se habrá realizado un gasto mayor al necesario para la consecución de tal fin, circunstancia que irá unida a la obligación que tendrá el órgano de contratación de indemnizar a los licitadores excluidos, en los casos que proceda.

En cambio, pese a los efectos tan positivos que está teniendo el recurso desde su aprobación, he de decir que hay un asunto en el que aun no se ha profundizado lo suficiente y que está provocando, en mi opinión, que las irregularidades y supuestos de corrupción en la contratación pública no se hayan combatido con mayor éxito. Me estoy refiriendo a su limitada aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada, dejando sin posibilidad de recurrir por tal vía numerosos contratos que deberán seguir los cauces del procedimiento regulado en la normativa general. Con lo que, debería darse un nuevo giro a tal circunstancia y abrir el abanico a todos y cada uno de los contratos, al margen del importe de los mismos. Máxime cuando en muchos casos se ha producido el fraccionamiento ilegal de los contratos para evitar la aplicación de los mecanismos propios de éstos. (Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia, tal y como ha dictaminado la STJUE de 6 de octubre de 2015 (Orizzonte Salute, C-61/14). Lo que es evidente que no se cumple con los principios europeos de la contratación pública con los recursos administrativos ordinarios, que funcionan en la práctica, de forma indebida, como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración.)

TERCERA. Para la consecución de todo lo anterior, especial transcendencia ha de revestir que los licitadores a cualquier tipo de contrato tengan la posibilidad de acceder a la información, consultarla y poder utilizarla para la proposición sus ofertas. Todo esto no se puede conseguir sino es de la mano de una actuación transparente por parte de las administraciones públicas, por lo tanto, las leyes aprobadas en estos

últimos en este sector bajo mi punto de vista constituyen un gran avance en esta materia.

Como se ha establecido en numerosas sentencias, estoy de acuerdo con que publicidad y transparencia son los principios que deben ir cogidos de la mano para construir y conseguir que se produzca una apertura a la búsqueda de la imparcialidad que desencadenará en la libre concurrencia. Estas cuestiones propiciarán una mayor eficiencia de los órganos administrativos que conllevarán al objetivo, previsto también en las nuevas Directivas, de agilidad y simplificación del procedimiento de contratación.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, entiendo que no solo es necesario que tengan efectos internos (efectos para licitadores y demás personas relacionadas con el procedimiento de contratación), los reiterados principios de transparencia e información, sino que resulta imprescindible también que el conjunto de la sociedad sepa que tales principios son respetados en cada procedimiento. Provocándose así, un reforzamiento del derecho a una buena administración y una seguridad y una confianza jurídica mucho mayores que lo existente en relación con la gestión de los fondos públicos por parte de los órganos administrativos encargados de ello.

Desde este punto de vista, la contratación pública debe servir como instrumento de rendición de cuentas a la sociedad, estando siempre ésta informada de cómo y en que son gastados los recursos públicos en la contratación pública. De la lectura de las nuevas Directivas y del Proyecto de Ley, podemos extraer que esta obligación va a recaer en la Junta Consultiva de Contratación Pública ya que entre sus funciones destaca la de proporcionar todo tipo de información que pueda estar relacionada con casos de fraude, corrupción ó conflictos de intereses.

6. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

DEL OLMO ALONSO, J. (2013). “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: Consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos”. Revista Justicia Administrativa, nº 59 febrero de 2013.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2015). *La Modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública*. X Congreso AEPDA. Ahora publica en GIMENO FELIU J.M. (Dir.). “Las nuevas directivas de contratación pública”. Aranzadi, 2015.

GIMENO FELIU, J.M. (2011). Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos. MADRID: Civitas-Thomson-Reuters, 2011.

- (2013). “Las nuevas Directivas-cuarta generación-en materia de contratación pública. Hacia una eficiente estrategia en compra pública”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 159 Julio – Septiembre 2013. Págs. 39 a 105.

- (2014). Los Tribunales Administrativos Especial de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial de Aragón) ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?. En Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (Dir.). La Contratación Pública a Debate: Presente y Futuro. Civitas, Pamplona, 2014.

- (2015). “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad” Ponencia AEPDA. Madrid, febrero de 2015. Ahora publicado en GIMENO FELIU, J.M. (Dir.). “Las nuevas directivas de contratación pública”. Aranzadi, 2015.

- (2016). GIMENO FELIU, J.M. INFORME ESPECIAL. SISTEMA DE CONTROL DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN ESPAÑA. (CINCO AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS. LA DOCTRINA FIJADA POR LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. ENSEÑANZAS Y PROPUESTAS DE MEJORA.

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO SOBRE LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA 89/665/CEE Y LA DIRECTIVA 92/13/CEE, MODIFICADAS POR LA DIRECTIVA 2007/66/CE, EN CUANTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

MORENO MOLINA, J.A, GALLEGO CÓRCOLES, I, PUERTA SEGUIDO, F, y PUNZÓN MORALED A, J. Contratación Pública. Revista Española de Derecho Administrativa, Crónicas de jurisprudencia. Nº 162 enero 2014.

PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014). Derecho Administrativo. Parte general. 10ª edición. Tecnos, Madrid, 2015.

ENLACES WEB

http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo>

<http://www.aragon.es/TribunalAdministrativo2>

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202015.pdf)

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

➤ Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel.
- STJUE de 15 de mayo de 2003 (C-214, *Comisión contra España*)
- STJUE de 3 de abril de 2008 (C-444, *Comisión contra España*).
- STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex.
- STJUE de 12 de marzo de 2015, Evigilio Ltd.
- STJUE de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14.
- STJUE de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C- 61/14.

➤ Tribunal Constitucional

- SSTC 38/2010, de 19 de junio de 2010.

➤ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

- Resolución del TACRC número 346/2013, de 4 de septiembre de 2013
- Resolución del TACRC número 945/2014.
- Resolución del TACRC número 169/2015, de 20 de febrero de 2015.
- Resolución del TACRC número 179/2015, de 20 de febrero de 2015.
- Resolución del TACRC número 202/2015, de 27 de febrero de 2015.
- Resolución del TACRC número 195/2015, de 27 de febrero de 2015.
- Resolución del TACRC número 220/2015, de 6 de marzo de 2015.
- Resolución del TACRC número 208/2015, de 6 de marzo de 2015.
- Resolución del TACRC número 978/2016, de 25 de noviembre de 2016.
- Resolución del TACRC número 813/2016, de 14 de octubre de 2016.